

民事程序法之理論與實務 第四卷

程序利益保護論

邱 聯 恭 著





9 789574 127030 00520

程序利益保護論(精)(邱)

國立台灣大學法學叢書 (150)
民事程序法之理論與實務 第四卷

程序利益保護論

邱 聯 恭 著



〈著者簡介〉

邱 聯 恭

- 現 職 國立台灣大學法律學系暨法律學研究所教授
學 歷 國立台灣大學法學士
日本國立東京大學法學碩士、法學博士
經 歷 法官 (1965 年~1972 年)
國家講座 (1998 年~2001 年)
主 著 司法之現代化與程序法 (1992 年)
民事訴訟法之研討 (一)~(三) (合著) (民事訴訟法研究基金會編印, 1986 年~2004 年)
程序制度機能論 (民事程序法之理論與實務第一卷, 1996 年)
民事訴訟審理集中化之理論與實務 (司法院編印, 2000 年)
程序選擇權論 (民事程序法之理論與實務第二卷, 2000 年)
爭點整理方法論 (民事程序法之理論與實務第三卷, 2001 年)

程序利益保護論

民事程序法之理論與實務 第四卷

國立台灣大學法學叢書 150

2005 年 4 月 10 日初版

著 作 者 邱 聯 恭

發 行 人 林 雅 英

總 經 銷 三 民 書 局

台北市復興北路三八六號

分 銷 處 台大法律學院圖書部

台北市徐州路二一號

定 價 伍佰貳拾元

排版：臻圖打字印刷有限公司 電話：(02) 29249495 / 印刷：文匯有限公司 電話：(02) 2302-1170

編務：戚繼華 封面設計 邱 瀚 模

Printed in Taiwan

ISBN 957-41-2703-6

凡 例

一、法規、條文

△本文內所引法條條號，未於其前示明法規名稱者，均指現行之民事訴訟法；謂「新法」者，係指一九九九年（民國八十八年）至二〇〇三年（民國九十二年）間先後公布、施行之民事訴訟法新增修條文；稱「舊法」者，係指其前之民事訴訟法條文。

二、文獻略稱

△各文內多次引用之主要文獻及其略稱如下：

- 「司法現代化」
 - 邱聯恭·司法之現代化與程序法（一九九二年，台灣大學法學叢書七二）
- 「程序制度機能論」
 - 邱聯恭·程序制度機能論（民事程序法之理論與實務第一卷，一九九六年，台灣大學法學叢書五二）
- 「程序選擇權論」
 - 邱聯恭·程序選擇權論（民事程序法之理論與實務第二卷，二〇〇〇年，台灣大學法學叢書一二六）
- 「審理集中化」
 - 邱聯恭·民事訴訟審理集中化之理論與實務（司法院編印，二〇〇〇年）
- 「爭點整理方法論」

ii 民事程序法之理論與實務(四)

- 邱聯恭·爭點整理方法論(民事程序法之理論與實務第三卷,二〇〇一年,台灣大學法學叢書一三〇)
- 「民訴研討(一)」
 - 民事訴訟法研究會編·民事訴訟法之研討(一)(一九八六年)
- 「民訴研討(二)」
 - 民事訴訟法研究會編·民事訴訟法之研討(二)(一九八七年)
- 「民訴研討(三)」
 - 民事訴訟法研究會編·民事訴訟法之研討(三)(一九九〇年)
- 「民訴研討(四)」
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(四)(一九九三年)
- 「民訴研討(五)」
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(五)(一九九六年)
- 「民訴研討(六)」
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(六)(一九九七年)
- 「民訴研討(七)」
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(七)(一九九八年)
- 「民訴研討(八)」
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(八)(一九九九年)

- 「民訴研討(九)」
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(九)(二〇〇〇年)
 - 「民訴研討(十)」
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(十)(二〇〇一年)
 - 「民訴研討(十)
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(十)(二〇〇三年)
- 「民訴研討(四)」
 - 民事訴訟法研究基金會編·民事訴訟法之研討(四)(二〇〇四年)

△其他引用之文獻及其略稱如各文內所示。

序 言

二十多年來，著者所倡「程序利益」之概念，不僅頻頻被援用、驗證於民事訴訟法研究會之共同研討中，亦常被借重活用於多項法律之研究修正起草過程，及修正通過之部分立法理由說明內。而且，在民事訴訟法新修訂條文經公布施行後，最近之最高法院判決理由、學界論者之為文及部分教科書，亦多相繼認同程序利益應與實體利益同受保護之觀念，並予以延伸提出新議題，是大不同於數十年來德、日等國通說所謂「訴訟經濟」此概念動輒被援用之境況。如今，程序利益保護論，似將又成為引領民事程序法學理論重新開展之一項重要法理。有鑑於此，為回應新法施行後處理、解決當面問題之急需，特於本書輯錄有關倡言、闡述上開法理之專論，以就教於學界及實務界，並命名為「程序利益保護論」、而編為「民事程序法之理論與實務」系列書之第四卷。其主要論旨略為：

I. 為確保、伸展紛爭當事人之程序主體地位，在民事程序法上，除公益維護層面上訴訟經濟之要求外，應重新認知、確立程序利益保護原則，並尋求其法理基礎於憲法上諸基本權保障規定及其所認價值理念。導致確立此項原則之程序利益保護論，係脈承於近二十多年來著者陸續倡言之新程序保障論及其所延伸之適時審判請求權論，亦應成為今後開展相關法律解釋論及立法論之前導法理。

II. 訴訟上請求之表明乃訴訟上行使程序處分權、程序選擇權之一種表現型態，依程序利益保護原則，宜用為平衡追求實體利益及程序利益之手段，藉此促使本案審理導向於更能同時涵蓋實

體法上與訴訟法上觀點。在此意義上，訴之聲明及訴訟標的之表明、特定，對於實體法規範與訴訟法規範（訴訟法上要求）之對應互動，可發揮架橋作用。

III. 程序利益保護論亦應準以思考、處理，有關如何擴大當事人適格者範圍之立法論、解釋論上諸問題。為此，應認為：新法擴充選定當事人制度之主要目的是，為貫徹程序利益保護原則、延伸適用程序選擇權之法理。借此例證，可知應立足於程序利益保護論，不宜僅從公益維護層面上訴訟經濟之觀點，構思如何就現代型紛爭事件，保障其受害人之提訴權及其他程序權。

IV. 至二〇〇三年經全面修正完成之民事訴訟法，係指向於促使法官及當事人致力落實適時審判請求權及程序選擇權等法理，而可受評價為已明認、確立程序利益保護原則，此亦為制約法官裁量權行使之一項指標。從而，今後應立足於致力貫徹此等法理適用之觀點，更認真探討憲法與民事程序法之應有對應關係，並深入探究民事實體法與民事程序法之應有相互關係，而不宜如往昔般僅將民事訴訟法定位為民法之助法。

V. 相較於外國法之新制定、修正，我國之修法，在理論思想背景上，具相當之獨特性。因此，新法之施行，似亦提醒今後之比較法研究者，宜併留意彼我法制間之前導理論有何差異性，而不宜在未如此評比以前，逕將外國法上立法論或解釋論原樣套用於我國。

二〇〇五年三月十日

邱聯恭

國家圖書館出版品預行編目資料

程序利益保護論／邱聯恭著. --初版. 臺北市：林雅英發行；三民總經銷. 2005[民 94]面；公分.--（國立臺灣大學法學叢書；150）（民事程序法之理論與實務；第 4 卷）含索引
ISBN 957-41-2703-6（精裝）

1. 民事訴訟法 — 論文, 講詞等

586.107

94005667

目 錄

I	程序利益保護原則	
	——闡釋其如何成為前導民事訴訟法修正走向之法理	… 1
II	訴訟上請求之表明如何兼顧實體利益及程序利益	
	——以租金調整請求事件如何定審理方向為評析事例	81
III	追加選定當事人制度之運用方針	
	——闡述其相關解釋論之前導法理	…………… 117
IV	民事訴訟法修正後之程序法學	
	——著重於確認修法之理論背景並指明今後應有之 研究取向	…………… 135
V	台湾における民事訴訟法の改革とその先導理論	
	——日本の新法との比較考察	…………… 319
	《相關圖表》	…………… 351
	《條文索引》	…………… 361
	《裁判索引》	…………… 369
	《事項索引》	…………… 373

程序利益保護原則

——闡釋其如何成為前導民事訴訟法
修正走向之法理——

2 民事程序法之理論與實務四

壹、程序利益保護論所提示之課題	3
一、程序利益保護論之提倡	3
二、程序利益保護論所提示之課題	7
貳、程序利益保護原則之採認	10
一、活化處分權主義運用之程序利益保護原則	10
(一)有關擇定審判對象、範圍之闡明義務加重者	10
1. 法律關係之曉諭與防止促進訴訟的突襲	10
2. 補充請求額之闡明與程序利益之保護	13
(二)有關促成紛爭解決方式之選用者	16
1. 防免紛爭擴大之程序利益追求	16
2. 經由程序轉換之程序利益追求	25
二、指引運用自由心證及法評價之程序利益保護原則	34
(一)酌定損害賠償額之指針	34
(二)小額事件之認事用法方針	39
參、程序利益保護原則之合目的運用	46
一、當事人行為及律師活動之目標設定	46
(一)經由主導劃定訴訟上請求範圍之利益追求	46
(二)經由協議簡化爭點之利益追求	51
二、法官權限行使之程序利益保護取向	54
(一)合併審判制度之程序利益保護機能	54
(二)爭點整理之程序利益保護機能	59
(三)證據調查之程序利益保護指向	61
肆、展望	69

壹、程序利益保護論所提示之課題

一、程序利益保護論之提倡

在我國，有關民事訴訟制度應如何建構或運作之審判實務及理論學說中，向來使用訴訟經濟之概念者，多係為達成其避免程序重複或減輕法院負擔之目的，借此尋求正當化之根據，而鮮見其表明係出於保護當事人利益之意圖。¹ 此種態度之所以形成，

1 例如：大法官會議釋字第三五五號決議之理由書（就制止再審制度之濫用，引據訴訟經濟原則）、最高法院九十年度第十五次民庭會議之討論內容（為避免因訴之聲明造成法院處理上不便，引據同原則）、最高法院七十年台上字第一二〇八號判決（就不宜限制訴之聲明之合併，引據同原則，裁判選輯第二卷第二期）、最高法院七一年台上字第三七二九號判決（同上旨，裁判選輯第三卷第三期）、最高法院六六年第九次民庭庭推總會之討論內容（引據同原則，容許將合夥與合夥人併列為被告）、最高法院六三年第六次民庭庭推總會之討論內容（為限制重複利用上訴程序與再審程序為事由主張，引據同原則）、最高法院六三年度第四次民庭庭推總會決議（就任令分二道訴訟程序求確認票據債權不存在及票據偽造一事，為批評其不當乃引據同原則）。又，民事訴訟法研究會歷次研討會之屢次成員發言，亦多有引據訴訟經濟原則處理如何限制訴訟上活動之往例，其詳情分別刊載於同研究會編，民事訴訟法之研討（下稱「民訴研討」），諸如：「民訴研討(ㄊ)」三八七頁；「民訴研討(ㄋ)」四頁、八頁、一四頁、三五頁、二一一頁、二七一頁、二七八頁、五六〇頁、五三七頁；「民訴研討(ㄎ)」一八五頁、三八八頁；「民訴研討(ㄌ)」四頁、二八一頁；「民訴研討(ㄎ)」七一至七四頁、一九七頁、三〇四頁；「民訴研討(ㄎ)」七四頁、七九頁、八二頁、一八七頁、一九六頁。

又，九十一年九月由司法院提請立法院審議中之民事訴訟法修正

4 民事程序法之理論與實務四

或許肇因於傳統上論者，對於應如何保障當事人程序主體地位乙事，欠缺認知；或許亦由於受德、日等國向來部分學說上有關訴訟經濟之持論所影響²，而有其法制繼受沿革上原因。³因此，不難察知向來借重訴訟經濟之概念者，多指向於試圖用以達成其禁止、限制或約束當事人為某訴訟行為（如：有關限制起訴或上訴、可否合併起訴或為訴之變更、追加等行為），藉此處理其應否在訴訟程序上受某項制約之問題。於此，論者既未意識到應如何積極設法容許或便利當事人（含：訴訟當事人或起訴前之紛爭當事人）為某行為，以保護其正當利益或使其有機會追求系爭實體法上利益以外之程序法上利益，亦非圖謀釐清法院負擔之減輕與當事人利益之保護等二者，在目的指向上，有何優劣先後之關係或孰重孰輕。

可是，在我國，隨著突襲性裁判防止論（尤其是有關防止促進訴訟的突襲之理論）⁴、新程序保障論⁵、程序主體權論⁶、程

草案，亦以避免司法資源遭浪費為立法理由，增訂第二四九條第三項及第四四九條之一，意圖對於顯無理由之起訴或上訴，施加罰鍰之制裁。此項意圖，在我國法治建設之現階段，究竟具有何程度之正當性，係值得再探討之問題。

- 2 關於德、日等國向來學說有將「訴訟經濟」理解為，有關避免程序重複或減輕法院負擔等概念者，請參照高田昌宏「民事訴訟における訴訟經濟について」（早稲田法学六二卷四号，一九八七年）六頁以下。
- 3 關於我國自繼受西歐型民事訴訟法以來所殘留之課題，請參照邱聯恭「新世紀民事程序法建制之基本課題」（下稱「基本課題」）（同·程序制度機能論，一九九六年）一九九頁以下。
- 4 邱聯恭「突襲性裁判」〔「民訴研討(一)」，一九八〇年初出〕四二頁以下；同「值得當事人信賴的真實」（前揭·程序制度機能論）六頁以下；同·司法之現代化與程序法（一九九二年）（下稱「司法現代化」）一二二頁。
- 5 邱聯恭「程序保障論之新開展」（下稱「新開展」）（同·程序選擇權論，二〇〇〇年，一九九六年初出）四頁以下。

序選擇權論⁷及適時審判請求權論⁸之相繼被倡、開展，程序利益保護之要求遂成為該等理論所一貫指向實現之價值理念，而被刻意用以指引重構訴訟理論及改革審判實務。於是，程序利益保護論乃被引為試圖前導民事訴訟法修正走向、實務運作之一項法理。此項理論之主旨為：依憲法上保障自由權、訴訟權、財產權、平等權及生存權等基本權之規定旨趣，訴訟當事人及程序之利害關係人應被賦予程序主體地位、享有程序主體權。準據此項程序主體性原則，立法者及程序制度運作者（法官），對於程序主體權者即上開當事人及利害關係人，就關涉其利益、地位、責任或權利義務之審判程序（或紛爭處理、解決程序），應從實質上保障其有適時、適式參與該程序以影響裁判如何形成之機會。為此，就訴訟程序如何利用及運作而言，程序主體權者，除可請求受訴法院實現其系爭實體利益以貫徹此項利益所繫上開基本權受保障之意旨以外，為貫徹自己同時另受保障系爭外同類基本權之意旨，亦可請求法院保護其衍生自該基本權且獨立並存於上開實體利益之程序利益。通常，此項程序利益係指因簡速化程序之利用或避不使用煩瑣、乏實益之程序所可節省之勞力、時間或費用而言，所以訴訟程序之進行或運作倘未能致力於此，或竟然反而造成勞力、時間或費用之浪費，即屬使當事人蒙受程序上不利利益。此種不利益之發生，不僅對於系爭實體利益，同時也對於系

6 前揭「司法現代化」（見註4）一一一頁以下。

7 邱聯恭「程序選擇權之法理」（前揭·程序選擇權論）三〇頁以下；邱聯恭在民事訴訟法第四十六次研討會之口頭報告、分析（「民訴研討四」）五六九頁。

8 邱聯恭「民事訴訟法學之回顧與展望」（下稱「回顧與展望」）（前揭·程序選擇權論）二七二頁；前揭「司法現代化」（見註4）一一四頁、一三六頁、二七一頁及三一八頁。

爭標的以外同受憲法保障之上開基本權，導致其遭減損、消耗或限制之結果，應非所許。從而，立法者於設計訴訟制度時或法院於運作程序時，均必須致力賦予程序主體權者有平衡追求程序利益之機會，否則未賦予此項機會之法院審理活動，即屬對於當事人造成促進訴訟的突襲，而背反程序權保障之基本要求。準此而言，所謂程序保障係亦包含應賦予當事人有優先選擇追求程序利益（達成迅速而經濟的裁判）之機會，並非僅指應賦予當事人有優先選擇追求系爭實體利益（達成慎重而正確的裁判）之機會而已。

其實，此項始倡於我國之程序利益保護論，在學說變遷史上，係與近二十年來開展於我國之新程序保障論相通，具有相當之獨特性，而有所不同於德、日等國向來有關訴訟經濟或促進訴訟等概念之立論。因為，程序利益保護論係植基於憲法上基本權保障規定及其所認價值理念，指向於平衡保護、實現受該價值理念所肯認之系爭外利益、地位（獨立於系爭實體利益以外而與其並存之利益、地位，亦包含具精神性、人格性者在內，而不論系爭標的究為財產上權利或屬人事、身分上法律地位），乃以伸展國民之法主體性及當事人之程序主體地位為目標，雖非全然否定程序主體地位在一定範圍內（如：為維護納稅人全體之利益即公益所必要之限度內）亦可能受制約，但畢竟有所不同於向來偏重圖謀減輕法院負擔或抑制當事人訴訟行為，且忽略程序主體權保障觀點之訴訟經濟論或訴訟促進論。其所以致此之理論推演上原由，係在於上開程序利益保障論乃構成新程序保障論之一環，而脈承於有關民事訴訟制度目的論之法尋求說及有關事實審理制度目的論之信賴真實主義⁹，是與墨守實體真實發現主義（客觀真實說）、權利保護說（德國之通說）或紛爭解決說（日本之多數

說) 為立論者有異。

二、程序利益保護論所提示之課題

依上開程序利益保護論，程序利益保護之要求應被定位為民事程序法上之一項基本原則，而尋求其法理基礎於憲法上有關基本權保障之規定。此項原則係要求立法者於設計民事訴訟制度時及法官於運作相關程序時，均應致力賦予當事人有平衡追求程序利益與系爭實體利益之機會，俾其得能就此二項利益為取捨選擇，在二者之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在。因此，程序利益保護原則係被採為實現訴訟制度目的之手段，而為立法論及解釋論之一項指針，並非自我目的，且不應無視訴訟法上其他基本要求。

從此而言，程序利益保護論之倡言，同時亦成為發掘訴訟理論上問題之契機，而含有對民事程序法學提示新課題之用意。亦即，由於當今民事程序法之建制及審判實務之運作，已然必須重新面對多項新課題¹⁰，所以就與程序利益保護原則相牽扯者而言，今後應探討、克服之課題是：程序利益保護之要求究與實體利益（發現真實、達成慎重而正確的裁判）之要求有何關係？應如何建構程序制度並予以運用，始克保護程序利益而謀求其與實體利益之平衡兼顧？此二利益孰輕孰重之取捨選擇應由法院，或由當事人之一造或兩造主導？就此應否承認法院與當事人之協力

9 前揭「新開展」（見註 5）五頁以下。

10 邱聯恭「爭點整理方法論序」（略稱「方法論序」）（同·爭點整理方法論，二〇〇一年）五頁；前揭「基本課題」（見註 3）一九七頁以下。

關係？再者，因訴訟經濟或訴訟促進之謀求所獲致之程序利益，在何範圍內應歸屬於當事人之一造享有或由兩造共享？程序利益保護原則應如何在適時審判請求權論中定位？其與適時提出主義係處於何種關係？尤其，從實踐論之觀點而言，更應探討程序利益保護原則是否已能落實為民事訴訟法之規定內容？其應如何被準以解釋、運用具體之規定？

事實上，在我國從一九八〇年代提倡、開展上開程序利益保護論，並循此陸續提示新課題以來，縱使在日本，其自一九九八年開始施行之新民事訴訟法（全面修正法），亦仍殘留類如上述之基本課題，尚待今後從訴訟法學之理論建構上或審判實務之運作上予以處理、克服。因為，同法雖於第二條增設「法院須致力於公正且迅速運作民事訴訟」之規定，可是由於其向來之適時審判請求權論，並未表明要求受訴法院應在上開實體利益與程序利益之平衡點上確定「真實」、尋求「法」之所在¹¹，而該新法所定「迅速」之要求係屬不確定概念，仍有究應如何予以具體化之

11 在日本，縱使時至最近，論者於斷言裁判應謀求迅速・經濟性時，亦未能認知從憲法上保障系爭外基本權及程序主體權等觀點探求其論據之必要性，屬於此類之論者有如：山本和彥「紛争処理の迅速化と費用の適正化」（ジュリスト一一七〇号，二〇〇〇年）一〇八頁；同・民事訴訟審理構造論（一九九五年）九頁以下；小室直人等・新民事訴訟法講義（一九九八年）一七頁；谷口安平「民事訴訟制度の理想・改革」（新堂幸司等編・注釈民事訴訟法(1)，一九九一年）二六頁以下；吉村徳重＝竹下守夫＝谷口安平・講義民事訴訟法（二〇〇一年）四〇頁。又，其將訴訟經濟所涉公益面與私益面混為一談者有：小室直人＝若林安雄＝三谷忠之＝波多野雅子・新民事訴訟法講義（一九九八年）一八頁以下；佐上善和・民事訴訟法（第2版），一九九九年）六二頁；上村明広「裁判を求める権利について」（木川統一郎博士古稀祝賀・民事裁判の充実と促進（上），一九九四年）一四五頁以下。

實踐論上課題存在，並不因新法增設該項規定即當然變易其既存之理論上或實務上問題狀況，是為筆者所曾予以指明、批評者。¹² 可見，比較法上共通之課題依然是，程序利益保護或迅速裁判之要求，究應如何從立法論上具體化為實定法之內容，並從解釋論上予以落實於實務運作之過程？

有鑑於此，且思慮最近我國公布施行之民事訴訟法新修訂條文（指：於一九九九年二月三日、二〇〇〇年二月十一日及二〇〇三年二月七日分別公布施行者，以下合稱為「新法」），係空前大幅之修正，其研修起草工作之進行，恰與上開程序利益保護論之開展同其時期，正需闡釋此二事之關連性，以及前導新法修正走向之理論思想背景為何，並檢視其是否亦包含上開程序利益保護原則在內。為此，本文一方面意識著上開諸課題，一方面擬舉若干新法上具體規定為例，嘗試析論：其如何與程序利益保護原則相關涉？此項原則是否已然前導新法之走向或如何被新法所採認？其是否在一定範圍內亦應該且可能準以解釋、運用相關規定？

12 邱聯恭「台湾における民事訴訟法の改革とその先導理論——日本の新法との比較考察——」（下稱「先導理論」）（新堂幸司先生古稀祝賀・民事訴訟法理論の新たな構築（上），二〇〇一年）二五八頁（收錄於本書）；同・前掲「回顧與展望」（見註8）二七二頁。

貳、程序利益保護原則之採認

一、活化處分權主義運用之程序利益保護原則

(一)有關擇定審判對象、範圍之闡明義務加重者

1. 法律關係之曉諭與防止促進訴訟的突襲

新法要求審判長或受命法官，於認為依原告之聲明及事實上陳述得主張其疏未完足主張之其他法律關係時，應予以曉諭使為敘明或補充（第一九九條之一第一項、第二七二條第一項）。此項規定，係在一定範圍內使法官負法律見解表明義務，以防止發生法律適用的突襲及促進訴訟的突襲，藉此避免原告就該疏未完足主張之法律關係，另開訴訟程序致生程序上不利益（勞費付出）。因為，未為該項曉諭（闡明）之法官，係未賦予原告節省另一新程序（重新起訴之程序或提起上訴後之程序）之機會，而對其造成促進訴訟的突襲，實不符程序主體權保障之要求。¹³

由於上開規定係以加重法官闡明義務，使其致力賦予當事人機會，俾用以節省另開新程序而避免蒙受程序上不利益為目的，自屬指向於保護當事人之程序利益（因該項勞費之節省所得蒙受之經濟上利益或精神上價值），是乃採認程序利益保護原則之表

13 法律要求法官應為闡明，係亦為防止發生來自法院所加於當事人之突襲，而非僅為維持當事人間之公平。關於此，請參照前揭「司法現代化」一四九頁內註 64 之說明及二一八至二二〇頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第三十九次研討會之發言（「民訴研討¹⁴」一九六頁以下）。

徵、結果。此項採認，在上開機會之賦予係有助於原告較量該項程序利益與系爭實體利益之大小輕重，以判斷如何選擇、劃定本案審判之對象、範圍（就法院所認得主張之法律關係，由當事人自主決定予以列入或排除於本案審判對象、範圍之內或外）之限度內，可謂具有將該原則結合於處分權主義之運用，而促使其活化之意義，應值肯定。因為，依處分權主義，就本案審判對象、範圍之選擇、劃定，當事人（原告）原則上有主導、決定之權能，於其被賦予上開機會時，較諸非然之情形，將更能充分較量所涉實體利益與程序利益之大小輕重，而具體選擇、決定：究以某紛爭事實或原因事實為單位，抑以自己所定性之某實體法上權利為單位，表明、特定其訴訟上請求（訴訟標的、訴之聲明）。況且，當事人能為如此選擇、決定時，較諸不然之場合，其程序主體地位實更可獲得確保、伸展。

準此而論，於增設上項規定及同條第二項要求法官向被告闡明是否提起反訴之規定時，立法者就其立法理由明示謂：「為擴大訴訟制度解決紛爭之功能，……理應曉諭原告得於該訴訟程序中併予主張（原告疏未完足主張之法律關係——筆者加），以便當事人得利用同一訴訟程序徹底解決紛爭。惟我國民事訴訟法採當事人處分權主義及辯論主義，故原告欲主張何項法律關係，及其是否為訴之變更或追加，應由原告斟酌其實體利益及程序利益而為決定，……應曉諭其敘明或補充之，以利其（當事人）衡量實體利益與程序利益……，並利於被告平衡追求其實體利益與程序利益……」云云，就其中明示涉及程序利益之斟酌、衡量或平衡追求者而言，顯可予以評價為：新法之立法者因程序利益保護論之前導，已正面採認程序利益保護原則，並使其結合於處分權主義，以活化其運用。於此，立法者係以便利當事人自主抉擇為

首要目的，而附帶於此兼顧擴大訴訟制度解決功能之要求（因為，如當事人經闡明後竟不為補充，則法官亦無從將其他法律關係列入本案審判之對象、範圍），所以該立法理由實具有凸顯當事人程序主體地位之意涵。¹⁴從而，認為上項規定之立法者擴大

- 14 新法第一九九條之一第一項之規定本身，並未表明採用訴訟標的理論之新說或舊說，而係要求受訴法官不管採其中何說為審理，均應儘可能賦予當事人利用同一程序解決紛爭，以防止發生促進訴訟的突襲，使其有追求程序利益之機會。況且，相較於訴訟標的相對論，有關訴訟標的理論之新、舊說各有其應受批判之缺失〔關於此，請參照前揭「司法現代化」二一一至二一七頁；前揭「方法論序」（見註10）三一三頁及三一七頁至三一九頁〕。不過，倘若眼於當事人被賦予該機會以後，將更能獲得較充實之資訊，用以選擇究以某紛爭或原因事實為基準單位，或以某實體法上權利為基準單位（將舉證上含有困難性之某實體權，排除於本案審判對象範圍之外），而就訴訟標的為特定、表明，則宜評價為：依上開規定所行程序之內容（以法官表明法律見解為內容之闡明方式）實質上係有利於採訴訟標的相對論為運用，使當事人（原告）基於程序處分權為訴訟標的之相對性、選擇性特定，而平衡追求程序利益與實體利益。從此角度觀之，未設類如上開我國新法之日本，尚殘留有解釋論上問題。關於此方面問題之指明、對日本新法之批評及其相關事例，請參照邱聯恭前揭「先導理論」（見註12）二五一頁；同「處分權主義、辯論主義之新容貌及機能演變」（下稱「機能演變」）（前揭·程序選擇權論）九二至九四頁；同·民事訴訟審理集中化之理論與實務（下稱「集中化」）（司法院編·民事法律專題研究(六)，二〇〇〇年）七九至八六頁、二二六至二二七頁；前揭「爭點整理方法論序」五〇至五五頁、六八至六九頁內註25之說明。又，關於上開新法施行後，最高法院就向來實務見解所持態度已經有所改變一事，請參照許士宦「接近正義與闡明義務」（台灣本土法學雜誌·二〇〇一年實務見解回顧，二〇〇二年）八六頁。

於此，宜併加留意之比較法上趨勢是，與上開我國新法規定之走向相近，最近德、奧之民事訴訟法修正工作，亦趨向於要求法官應就當事人所陳事實關係為報告，而有說明法官所持法評價（法律適用上觀點）之義務，此事被認為係限制第二審上訴之必要前提。關於此，請參照出口雅久「民事訴訟における第一審強化策——ドイツ連邦司法省民事訴訟法改正草案を素材として——」（吉村德重古稀記念·

法官應行闡明之範圍，係僅為擴大訴訟制度解決紛爭之功能云云¹⁵，或認為擴大法官之闡明權（加重其闡明義務）將增多浪費、加重法官負擔或有害當事人之地位云云等類持論，係沿襲舊法時代漠視程序權保障之觀念，應屬誤解立法本旨，且未充分認知防止發生促進訴訟的突襲（來自法院審理活動之突襲）一事係為保障程序主體權所必須，實未認明新法採程序利益保護原則之原意。至於法官應如何依案情狀況實需，妥採適宜之闡明方式，則屬另一事。¹⁶

2. 補充請求額之闡明與程序利益之保護

新法就金錢賠償損害請求事件，容許原告得在其所述原因事實範圍內¹⁷，僅表明全部請求之下限額，而俟第一審言詞辯論終結前始予以補充聲明全部請求額；同時並要求審判長應告知得為補充（第二四四條第四項）。此項規定係就訴訟上請求之特定，要求受訴法院應賦予當事人有平衡追求程序利益之機會，並為此

弁論と証拠調べの理論と実践，二〇〇二年）五九頁以下以及其所引 Bruno Rimmelpacher, Verbesserung des zivilgerichtlichen Verfahrens erster Instanz, ZPR 1999 S.178；Hoffmann, Beschleunigung des zivilgerichtlichen Verfahrens, ÖanwBl. 2000, 373.

- 15 表明此項持論者有如：陳榮宗／林慶苗·民事訴訟法（下）（二〇〇一年）六八七頁。
- 16 關於法官宜如何依案情狀況妥為公開心證或表明法律見解，請參照邱聯恭「心證公開論」（前揭·程序選擇權論）一四八頁以下；同「方法論序」（見註 10）五〇頁以下。
- 17 此項原因事實係指狹義之原因事實，而為新法第二四四條第一項第二款所要求者，乃有所不同於第二六六條、第二六七條第二項及第二六八條之一等規定，為便利整理爭點以促使審理集中化所要求陳明之原因事實係屬廣義者。關於此，請參照前揭「爭點整理方法論序」（見註 10）一一至一四頁。

加重法官之闡明義務，要求審判長適度公開心證或表明法評價上觀點，以便當事人抉擇如何取舍實體利益與程序利益，可被評價為係以程序利益保護原則為依循。因為：①其立法理由言明，係有鑑於損害賠償之訴涉及損害原因、過失比例、損害範圍之認定，且其損害之具體數額因舉證困難致甚難預估，而常須經專業鑑定及法院裁量始能判定，為免對原告所負表明請求之責任，過苛要求以致其權益受損，遂增設明文云云，由此可知其係為避免因該類舉證上困難，在起訴階段對原告所特別造成之不利益（如：因貿然表明過大之請求額致溢繳裁判費、因殘留部分請求額致引發後訴而生勞費付出、因不必要之證據提出或調查致增多勞費付出）。此種防免不利益發生之立法設計及法官闡明，從該項條文之起草、研修過程觀之，實係同時為謀求防止發生促進訴訟的突襲，使當事人有機會獲得更迅速而經濟的裁判，以利迅速救濟權利受害、平衡追求程序利益。¹⁸ ②此項原屬一般性之理論，之所以亦被落實為上開新法之規定而成為其法理基礎，固亦受啟發於德國民訴法第二八七條及奧國民訴法第二七三條（均就應賠償之損害額授予法院裁量權）之規定，但經提議予以引進時，實係依照上述之理論將其本土化為我國新法第二二二條第二

18 關於此方面之理論思想如何成為增訂新法第二四四條第四項之基礎、背景，可從其自一九九三年二月間經提案、起草及研修過程所曾引用之文獻資料察悉〔參照司法院編，司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(十)（一九九四年，下稱「修正彙編(十)」）四九頁以下及五三頁以下〕。其乃以前揭「司法現代化」（見註 4）一二六頁以下、以及邱聯恭在民事訴訟法研究會第四十一次研討會（一九九一年）所闡述之程序利益保護論為基礎（「民訴研討四」三五四至三五六頁）。與此相關者，併請參照邱聯恭「民事訴訟之目的」（同·程序制度機能論）一九五至一九六頁。

項之規定¹⁹。所以此項規定之增設，係亦以使當事人更能平衡追求程序利益、減輕其勞費負擔為目的，而與新法第二四四條第四項規定之提案增設相配套，尚非僅指向於謀求以減輕法院負擔為旨之訴訟經濟，實具有本土性理論思想之襯托²⁰，既非純屬從形式表面上抄襲性繼受外國法，亦與未同時如我國併設上開第四項規定之日本新法互不盡同〔請併參照下述「二、(一)」之說明〕。²¹ ③況且，該第四項係先規定原告得為補充聲明，以示其主導、決定權屬於原告；繼又規定審判長應告以得為補充，是即為了防止發生突襲（含促進訴訟的突襲），乃加重闡明義務。為克盡此項義務，法院尚須將其依第二二二條第二項所形成之心證或法評價予以適度公開、表明，以便當事人衡量所涉實體利益與程序利益之大小，為如何補充之選擇、決定。

要之，上開新法係為貫徹程序利益保護原則所必要，亦具有採認此原則之意義，今後應準此拓展相關規定之解釋論。例如：為防止發生突襲、保護程序利益（如：為避免當事人遲至程序後階段或上訴程序，始依第二五五條第一項第三款或第四四六條第一項但書，為擴張聲明時所伴生之勞費付出），縱使在原告起訴

19 前揭「修正彙編(+)」（見註 18）二〇一頁、二〇三頁及二一五頁以下。

20 關於我國新法之增修制訂，已非若往昔採抄襲性、無目的選擇性繼受外國法之方式，請併參照前揭「機能演變」（見註 14）一一七頁。

21 日本新法公布施行後，論者從謀求訴訟經濟及充實救濟手段以因應損害額算定困難之觀點，亦主張宜併採容許僅提示某約略之金額以特定訴訟上請求之方式，是即趨向於類如我國新法第二四四條第四項所取辦法。此類論者有坂本惠三「新民訴法二四八條をめぐる諸問題——その適用範圍の限定を中心として——」（民事訴訟雜誌四五期，一九九九年）二三四頁。又，從我國新法之立法論，批評日本新法之妥當性者有：邱聯恭「先導理論」（見註 12）二六二頁。

時未依第二四四條第四項表明請求下限額之情形，法官亦應依第一九九條之規定向原告為上開闡明，使其有機會依上開規定擴張聲明。在此意義上，宜將第二四四條第四項理解為，其對於上開有關容許擴張聲明之規定而言，係屬特別規定。²²

(二)有關促成紛爭解決方式之選用者

相較於訴訟（裁判）制度，其外之紛爭處理制度（如調解、仲裁等）亦具有多項長處，頗可發揮達成迅速、經濟性紛爭處理、助長追求程序利益等多樣機能。²³ 此項借重裁判外紛爭處理、解決制度以助長追求程序利益之觀點，係亦延伸自程序利益保護原則，而被新法據以擴充如下之相關制度。

1. 防免紛爭擴大之程序利益追求

新法一方面擴充證據保全程序，容許紛爭當事人就確定事、物之現狀有法律上利益並有必要時，亦得聲請鑑定、勘驗或保全書證（第三六八條第一項後段）；一方面則容許兩造以該程序上所蒐得之事證資料為基礎，得於起訴前（本案尚未繫屬時）就訴訟標的、事實、證據或其他事項成立協議。此項協議如係就訴訟標的所成立者，依其內容應為一定之給付時，得為執行名義（第三七六條之一第一項及第二項）。其立法理由為，就前者而言，謂「……如能使欲主張權利之人，於提起訴訟前即得蒐集事證資

22 關於此項解釋、運用，亦可參照前揭「集中化」（見註 14）一九三至一九四頁、二二九頁；前揭「方法論序」（註 10）二一頁以下。

23 邱聯恭「調查程序之新變革」（下稱「調解程序」）（前揭·程序選擇權論）一八一頁；邱聯恭「仲裁契約之妨訴抗辯效力」（下稱「仲裁契約」）（前揭·程序選擇權論）二四二頁內註 12 之說明。

料，以了解事實或物體之現狀，將有助於當事人研判紛爭之實際狀況，進而成立調解或和解，以消弭訴訟，達成預防訴訟之目的。此外，亦得藉此賦予當事人於起訴前充分蒐集及整理事證資料之機會，而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達到審理集中化之目標。……」；又，就後者之規定而言，謂「當事人於起訴前聲請保全證據者，得利用法院所調查之證據及所蒐集之事證資料，了解事實或物體之現狀，而研判紛爭之實際狀況，此時，如能就訴訟標的、事實、證據或其他事項達成協議，當事人間之紛爭可能因此而獲得解決或避免擴大。此外，當事人將來縱使提起本案訴訟，因當事人於保全證據程序中已就特定事實、證據或其他事項達成協議，故於法院審理本案時，亦可減少爭點，而節省法院及當事人進行訴訟所需之勞力、時間或費用，達到訴訟經濟之目的。……」²⁴

可知，上開新法之意旨係為賦予紛爭當事人機會，以便兩造利用所蒐得資料成立協議，而既可在提起訴訟以前，設法循訴訟以外之方式解決紛爭，以預防訴訟於未然；亦可在起訴時，整理或簡化爭點，以節省勞費付出、謀求訴訟經濟。此項訴訟經濟之謀求，就其乃繫於當事人之主導（保全證據之聲請及協議之成立係取決於當事人）而言，係意指助長當事人為程序利益之追求。亦即，新法係以要求法院協力於當事人追求程序利益為主要目的，並非以減輕法院負擔為首務。準此，可評價為：上開新法已然認知程序利益保護原則，並為貫徹此原則，遂經由上開事證蒐集制度之擴充，賦予當事人更多獲得查明案情之機會，俾其用以

24 參照前揭·程序選擇權論，三八一頁以下；或司法院編·司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(五)（一九九九年）（下稱「修正彙編(五)」）一二一六頁以下。

認明自己所處法律狀態，資以自行較量其紛爭所涉實體利益及程序利益之大小輕重，而判斷、選擇解決紛爭之方式。²⁵ 其實，此項評價係切合於立法旨趣，亦可徵諸上開新規定之起草、修正研議過程。因為，於此過程，其立法論係涵蓋程序利益保護論所持觀點，而被強調其在目的指向上，具有我國立法之獨特性。其謂：「……本法所以擴大（證據保全範圍）之理由，乃在於便利當事人更有機會蒐集多一點資料，使其於起訴前，得平衡兼顧紛爭所涉實體利益及程序利益，儘早決定究循訴訟的方式取得判決，抑或避開訴訟而成立訴訟外和解、調解或可增設之保全程序上和解（即第三七六條之一第一項及第二項所認有關訴訟標的之協議——筆者按），即儘可能賦予當事人選擇程序之機會。從此角度觀之，始較合乎本會（按指：實際負責起草之司法院民事訴訟法研究修正委員會）近十幾年來之修法精神，即修法之目的非僅為了減輕法官負擔；而認為必須在當事人之程序主體權獲得充分保障之前提下，才有所謂減輕法官負擔之問題」「……蓋此次修正證據保全制度之旨趣，乃在於放寬起訴前證據開示程序，以便利當事人於訴訟外或訴訟上試行和解。換言之，命當事人於起

25 關於第三六八條第一項後段及第三七六條之一等新法規定之評論，併請參照前揭「民事訴訟之目的」（見註 18）一八九至一九〇頁；前揭「程序選擇權之法理」（見註 7）六九頁；邱聯恭在「民事訴訟法修正施行後之審判實務——以集中審理為中心」學術研討會（下稱「學術研討會」）（最高法院學術研究會，二〇〇〇年）之闡述（法官協會雜誌第二卷第一期）二一九頁以下。

相較於此，日本自一九九八年施行之新民事訴訟法並無類如我國新法第三六八條第一項後段及第三七六條之一等規定，以致如今批評其新法之立法論尚認為，有必要擴充起訴前之事證開示制度。就此，請參照高橋宏志·新民事訴訟法論考（一九九八年）一三七頁；山本和彥·前揭（見註 11）一一〇頁。

訴前開示證據，已非僅具傳統上證據保全作用，而是兼具英美法上「事證開示」制度之機能。因此，縱使本法不仿照德國民訴法第四九二條，設立證據保全程序中之和解程序，當事人依草案三六八條所獲得之資料，仍可作為將來於訴訟外和解、鄉鎮市調解委員會調解、於法官面前之調解、或於公證人面前作成願意接受強制執行之公證書之基礎資料。……」²⁶

從而，今後應依循程序利益保護原則，開展新法所認上開協議制度之運用論。亦即，有關紛爭當事人得於起訴前成立協議之對象範圍之解釋，應指向於達成保護當事人追求程序利益之目的，而不應僅著眼於圖謀疏減訟源或減輕法官負擔。為助益拓深今後處理相關問題之解釋論，以下特舉若干事例，試加評析：①就紛爭當事人得成立協議之對象而言，應解為兩造在其依處分權主義、辯論主義得行使程序處分權之範圍內，就能助長防免訴訟提起、紛爭擴大或爭點擴散，以謀求程序利益之事項，不論其屬將來得成為訴訟標的者（某法律關係或尚未施加法律上評價、定性之特定紛爭事實）抑或僅係有關某事實、證據者，均宜成立協議。例如，在兩車相撞之車禍事件，受理證據保全聲請之法官至現場查看車損狀況，而確定車燈及輪胎損壞，受害價值二萬元，此事實為兩造所承認時，得成立此後不爭執該事實之協議（證據契約之一種）；至於有關二車相撞究竟肇因於何者之過失，則留待本案訴訟時再行判定，或同時就該過失事實成立委由某專家判斷認定之仲裁鑑定契約（協議），均予記明筆錄。由於如此成立協議之結果，各該事實或如何判定其存否即不致再成為兩造間爭

26 前揭「修正彙編(四)」(見註 24) 六三六頁、六三九頁、九九四頁；邱聯恭在民事訴訟法研究會第二十八次及第四十七次研討會（一九九三年）之發言（「民訴研討(三)」二五〇頁、「民訴研討(四)」七〇七頁）

點，而可於起訴前預行減縮、簡化事實上或證據上爭點，藉此當事人可追求程序利益。並且，為保護此項利益，參與上開證據保全及協議程序之法官或律師，均應盡力促使兩造達成協議。

②又如，設兩造就某日所訂立名為合建或委建之契約，於一造當事人交屋於他造當事人後發現房屋龜裂，而發生紛爭；於起訴前之證據保全程序上，法官、兩造及鑑定人均到場查看房屋之建造情況。此時，在經確定房屋龜裂之範圍後，可能成立而記明筆錄之協議有如：「兩造均承認房屋龜裂範圍如附圖（或某鑑定人所作成如附圖所示鑑定結果）」，或「兩造就某日訂立如附件所示契約內容所可能發生之紛爭（或一切權利義務關係），今後不提起訴訟，但一造（某人）願於某日以前給付某元予他造（某人）；若屆期不自動履行，願受強制執行」。就前者之協議內容而言，縱使嗣後因一方當事人之行為或其他原因（如地震或他人所為震動）造成龜裂範圍擴大，於涉訟時，當事人可節省證明損害範圍所需勞費付出，而獲得程序利益。又，就後者之協議內容而言，由於其屬不起訴契約，所以可避免因起訴及遂行本案訴訟致生勞費付出，亦可助長追求程序利益。因此，致力成全當事人為此項目的追求，應成為參與紛爭處理程序之法官、律師及專家（鑑定人）之行為規律，此亦延伸自程序利益保護原則。其結果，參與處理紛爭之法官及律師，應致力賦予當事人有追求程序利益之機會，例如，為促成鑑定之聲請（第三六八條後段），亦宜勸使兩造成立平均分擔鑑定費用（含：鑑定人之報酬金）之協議，以免因一造無力負擔過鉅之費用致難經由鑑定蒐得資訊，終致無從借重上開協議程序充分發揮防免紛爭擴大之機能。如此運用之需求或必要性，尤其往往存在於需借重法律外專業知識（如科技知識）始能釐清爭點之事件類型（如：有關承攬建築工程、

醫療事故、汽車產品瑕疵、公害或藥害等）。又，參與證據保全程序之鑑定人，亦應致力保護當事人之程序利益，積極提供其追求所需資訊，且宜依法官之命（參照第三六八條第二項、第三三五第一項），陳述有助於當事人追求程序利益之意見或提示協議（和解）方案（如：受選任之某鑑定人倘認為，就特定事項可能因鑑定人之不同而提出相異意見時，為防免因此導致當事人間紛爭擴大而伴生勞費付出，宜事先向法院或當事人說明（參照第三三七條第二項），以便其及時謀求因應之道，助益取捨如何達成協議，而預防訴訟提起或避免紛爭擴大。

③如上所述，循證據保全、協議程序所為訴訟經濟之謀求，係為賦予當事人選擇程序（紛爭解決方式）以追求程序利益之機會，而此機會之利用並不限於就特定法律關係成為訴訟標的之情形。亦即，兩造利用證據保全程序上所蒐集之事證資料，基於程序處分權、程序選擇權，尚得就特定之紛爭事實（如：兩造於某日所訂含有某些條款之無名契約）成立如何處理、解決紛爭之協議²⁷，所以不宜將謀求訴訟經濟、保護程序利益之對象範圍予以狹義視為，其係僅限於就某項經定性之法律關係而言者，否則將過度限縮上開程序之機能發揮，終於未能充分貫徹新法之本旨。²⁸ 因此，在當事人依處分權主義、辯論主義得行使程序處分權、

27 在條文起草研議、制訂之過程，曾被強調：第三七六條之一所認協議之對象，亦宜涵蓋兩造就某次契約所生紛爭事實即原因事實在內，而對於處理兩造間因訂立無名契約（實體法上定性困難者）所發生之紛爭，亦具規範意義。關於此，請參照前揭「修正彙編(四)」(見註 24) 七四七頁。

28 第三七六條之一之規定所指向謀求之訴訟經濟，係與第一九九條之一第一項所指向者旨趣相同，均以賦予當事人有避免新開訴訟程序之機會為手段，達成使其平衡追求程序利益（避免或節省另開訴訟程序所伴生之勞費付出）之目的。亦即，第一九九條之一第一項之規定，係

程序選擇權之範圍內，為優先追求程序利益，兩造可成立協議之內容具多樣化可能性²⁹，諸如：以某紛爭事實為單位標準特定訴

在原告所陳紛爭事實或廣義的原因事實之範圍內，要求法官賦予其機會，俾用以自行決定是否利用已起訴之同一程序，將疏未主張之法律關係併列入請求本案審判之對象，藉此及時擴大前程序（已開始之程序）之解決紛爭功能、避免就該法律關係另開訴訟程序（後訴訟），而保護當事人之程序利益（回顧本文「貳、一、(一)1」之說明）、並謀求訴訟經濟。其所謀求之訴訟經濟，與本文所述當事人經由第三七六條之一第一項之規定所認協議程序以預防訴訟提起時所謀求之訴訟經濟，係含有相同之意旨。因為，此二者均係就涉及某紛爭事實或廣義原因事實之紛爭（非僅限於經實體法上定性之某實體權），使當事人有機會不為該紛爭之解決再開始使用另一訴訟程序，藉此可避免因開該新程序所將蒙受之程序上不利益。新法施行後，此項立法旨趣（容許以「紛爭」為單位標準定紛爭處理之對象範圍），亦延續於研擬有關定和解方案之新法（參照下述註 38 之說明）。

於此，想指明的是，上開立法論旨實具有我國法之獨特性，而有所不同於論者將訴訟經濟之謀求限定於，實現經當事人自行定性後之某實體權等類情形。此類論者之主張〔如：高田昌宏，前揭（見註 2）四七頁〕，縱使在日本尚有某程度之說服力，亦非當然可通用於我國之法律狀態下。蓋以日本之新法既未設有類如我國新法第一九九條之一第一項及第三七六條之一等規定，且對於程序利益保護原則尚無充分認知。何況，上開論者之主張係被提出於日本新法制定施行以前之時代，自其新法增訂要求法院須致力迅速運作訴訟之規定（第二條）施行以後，為平衡保護當事人之程序利益，究應如何重新省思日本向來之適時審判請求權論始符其新法之旨趣一事，如今已然成為新課題〔指明此方面問題而對其論提出批評者為：邱聯恭「先導理論」（見註 12）二五八頁〕。因此，上開日本論者有關訴訟經濟之概念闡述，能否原樣適用於其新法施行後之今日，已頗值疑，尤欠缺照樣引用於我國之正當性。循此而論，在我國新法施行後，照樣引用上開日本論者之主張，對我國新法加以評論者〔如：呂太郎「法律關係之闡明」（台灣本土法學雜誌第十五期，二〇〇〇年）一四一頁〕，是否已充分認明我國新法之立法旨趣？其在研究方法論上是否存有值得重新檢視之問題？均尚有探討之餘地。

29 併請參照前揭「學術研討會」之闡述（見註 25）二一九頁以下。

訟標的之協議（成立之協議內容為：涉訟時以特定之紛爭事實或廣義之原因事實，而不以某項既經當事人自行定性之法律關係，作為決定訴訟標的大小異同之單位標準）³⁰、就某紛爭事實所生爭議於起訴前應先經調解之協議、以該爭議為對象（標的）之仲裁協議³¹、有關示範訴訟或試驗訴訟之協議³²，不起訴之協議³³、仲裁鑑定契約等等。

④為更深入理解程序利益保護原則，亦指引如何妥為處理有關上開協議之效力問題，以下特以紛爭當事人成立仲裁鑑定協議（契約）之情形為例，闡述今後宜如何開展相關解釋論³⁴：

新法增訂第三七六條之一等規定所認仲裁鑑定協議（契約）係具有我國法之獨特性³⁵，亦可尋求其法理依據於程序選擇權論及程序利益保護原則，而具有解決紛爭、避免紛爭擴大及預防訴

30 參照上述註 27 之說明。關於起訴時何以應保障當事人有選擇紛爭單位型訴訟標的之機會，請參照邱聯恭「仲裁判斷撤銷事件之訴訟標的如何特定？」（前揭·爭點整理方法論）三一〇頁以下。

31 此處所謂之仲裁協議（契約），係可能包含正式·機構仲裁及非正式·個別仲裁契約在內。關於其意義，請參照前揭「仲裁契約」（見註 23）二三一頁以下。

32 關於示範訴訟或試驗訴訟之承認可能性，及其如何可助長紛爭當事人追求程序利益，請併參照前揭「司法現代化」（見註 4）一六五至一六八頁。

33 參照前揭「學術研討會」之闡述（見註 25）二二二頁。

34 詳請參照邱聯恭「本案起訴前有關仲裁鑑定契約效力之問題處理」（「民訴研討(卅)」）三六九至三七三頁以下。

35 由於新法增訂第三七六條之一等規定之結果，仲裁鑑定協議（契約）在我國具有相當之獨特性，而可尋求其法理依據於程序選擇權之法理，成為保護程序利益之手段。關於此，請參照邱聯恭在民事訴訟法研究會第七十七次研討會之闡述及沈冠伶之相關論文報告〔「民訴研討(卅)」二八五頁以下、三四九頁以下〕。

訟提起等機能（含：追求程序利益之機能）。因此，不宜將有關該協議效力之問題處理，僅寄望或託付於本案訴訟程序，而應探討如何妥適處理本案訴訟未提起以前所生有關該契約效力之問題（在期待紛爭或本案訴訟將因仲裁鑑定結果被解決或被防免提起之前提下，亦即在不預想必有本案訴訟提起之前提下，嘗試解決相關問題）。茲為便利今後開展相關之解釋論，以貫徹程序利益保護原則，實現新法增訂三七六條之一以預防訴訟提起之理念，特先例示闡述：在仲裁鑑定協議成立後，本案訴訟尚未繫屬於法院之階段，如發生所約定之仲裁鑑定人拒絕或延滯履行任務而不作成鑑定之情事時，應依循上開原則，視個別具體情形之不同，分別依相關法理或類推適用相關規定為處理。例如：

a. 於當事人雙方能再達成協議之情形，自得再行約定由其他仲裁鑑定人為判斷。此乃雙方共享程序選擇權之當然結果（亦可類推適用仲裁法第十三條第一項前段）。為此，應致力充實相關制度（如：律師制度），增多促成或賦予該項再成立協議之機會。

b. 於未能再達成上開協議之情形，當事人之一方可能採用之途徑有如：

- i. 在該當事人就本案請求尚難認有起訴之利益，或為避免提起無實益之訴訟或為節省勞費付出（追求程序利益）認為有必要時，可類推適用仲裁法第十三條第一項後段之規定，向法院聲請為之選定仲裁鑑定人。此種仲裁鑑定人選定聲請事件，係非訟事件之一態樣，而非屬訴訟事件，所以法院應適用非訟程序依相關之程序法理為審理；其受理法院並非本案訴訟之受訴法院，尚不生本案訴訟之受訴法院應如何調查證據或可否引用第三四五條及證明妨礙之法理等問題。如此解釋，始能更加一層發

揮仲裁鑑定制度所具解決紛爭、防免紛爭擴大或訴訟提起，以助長追求程序利益等機能，而貫徹新法增訂第三七六條之一之立法旨趣。因為依同條規定成立於起訴前之仲裁鑑定協議，實與常訂立於本案涉訟前之仲裁契約（協議），在可能解決紛爭或防免不必要之訴訟提起等方面，均含有作為訴訟外紛爭解決制度以保護程序利益之目的上共通性，而具相類似之機能。至於在上開法院下裁定（選任仲裁鑑定人）以前，為保障程序主體權、貫徹程序選擇權之法理，應儘可能聽取當事人之意見，尊重其意願，乃屬當然。

- ii. 在上開 i 之情形，當事人亦可依第三六八條第一項後段之規定，聲請為鑑定。因為既已成立仲裁鑑定協議，多可認為在當事人間已同意為證據保全（同條項前段），且就確定事、物之現狀有同條項所定之法律上利益並有必要為鑑定，藉此於起訴前先行蒐得事證資料，以了解事實現狀或紛爭實情，用以抉擇是否或如何循訴訟程序或訴訟外方式處理、解決紛爭，而平衡追求實體利益及程序利益，是與當事人原來成立仲裁鑑定協議之目的相通。因此，倘於本案尚未起訴前之階段，竟期待或要求當事人一律先提起本案訴訟，然後在此訴訟程序上請求受訴法院處理首開仲裁鑑定人不作成鑑定之問題事項，則將減消防免訴訟提起之可能性，終致背反程序利益保護原則。

2. 經由程序轉換之程序利益追求

在財產權爭議事件之調解程序，新法承認兩造當事人得合意

委由法官或調解委員酌定調解條款，並得約定由調解委員中之一人或數人酌定之，此條款經酌定而作成書面或記明於筆錄後，視為已依該條款成立調解，而具有與訴訟上和解、確定判決相同之效力（第四一五條之一、第四一六條第一項及第三八〇條第一項）。同時，新法又增訂規定，容許訴訟事件之兩造，於第一審訴訟繫屬中，得合意將事件移付調解，如因此成立調解，除亦具有上開效力外，並得領回已繳裁判費之一半（第四二〇條之一）。

上開基於兩造合意之酌定調解條款及移付調解等制度，亦係以增多當事人選用判決外方式解決紛爭之機會為目的，而依循程序選擇權之法理，認知程序利益保護原則及程序轉換論。³⁶ 此項新法增設制度之旨趣及法理基礎，除其立法理由已說明建制之目的係為增多、保護當事人選擇程序之機會外，且早經明示於上開條文內容之起草研修過程。亦即，就其研擬之應有取向謂：「第四一五條之一之制度採用，亦屬有益而無害，因該條規定兩造同意時，得由調解委員仲裁，擴增當事人選擇程序之機會，甚至在雙方合意下所作成之仲裁，承認其具有相當之效力。現行法第四一七條所定提示解決紛爭方案之制度本身，並非必根據實體法之要件事實來裁判，而是本來具有仲裁之性質，……，係依衡平之法理來提示解決紛爭之方案，……。現在，……，係以承認當事人得合意選擇程序為前提，似更有讓當事人信服仲裁結果之堅強法理基礎，因當事人兩造合意由調解委員為仲裁，係表示當事人信賴調解委員，……」、「……觀諸世界潮流，如今乃趨向重視

36 有關此方面新法走向之理論上評析，請參照揭「調解程序」（見註23）一九二至二〇二頁。

擴充訴訟外解決紛爭制度供人民使用……，此一潮流已莫可抗拒，其重要理由之一係為了促使司法資源合理分配，因為司法資源有限，如何作合理分配？本為目前及今後二十一世紀之民事訴訟程序制度如何健全化之基本課題。在合理分配司法資源之要求下，也涉及如何從實質上保障當事人依憲法所應受保障之訴訟權的課題。可是，應知當事人依憲法所受訴訟權之保障，並非僅意指受保障之審級越多就越好，審級多，縱可能有助獲得較正確之裁判，但也可能因纏訟經年，致當事人傾家蕩產，而侵害其系爭標的物外之財產權及自由權，因此，憲法第一六條所規定之訴訟權，不僅在保護如何追求系爭之實體利益，亦在保護系爭外之財產權與自由權，使其不致因訴訟制度之使用而受損。自此角度言，訴訟外紛爭解決制度愈多應愈對人民之權利保障有益，如此可使人民有更多選擇程序之機會，藉以保護系爭中及系爭外之財產權、自由權等。……我國如能照上述方向修正應可較日本更積極地擴大適用仲裁制度之範圍，因自司法資源合理分配及人民程序選擇權如何保障此二角度觀之，擴充此制度，提供人民更多選擇機會，實有益無害。……其制均不脫仲裁之性質，而不一定依實體法來判斷，亦可基於衡平法理來判斷，故非當事人就解決紛爭之內容完全一致，而是法官以外之第三人介入其中為判斷，就此而言，實際上仍具仲裁性。……」、「……增訂規定為：如成立訴訟上和解除至少可領回一半的裁判費。因為有時當事人雙方之和解協商只差數萬元，如有此類可領回一半裁判費之誘因，則可能很快促成和解，使當事人可以之作為相讓步的部分補償，這也是一種程序利益追求，……」、「……有些紛爭事件，「法」在何處？誰是正義？未必恒屬明確，例如，特需借用法律以外專業知識之事件，法官往往找不出「法」在何處，……就該事件類

型，如不能確保法官必判斷相當正確而可找出客觀之「法」在何處時，則特需由具該法律外專業知識之調解委員一同尋找「法」之所在，……」云云。³⁷

可見，新法係為賦予當事人有平衡追求程序利益之機會，乃增設準仲裁制度（酌定調解條款制度），並擴大使用調解程序之可能範圍，容許當事人基於其程序處分權·程序選擇權，既可將調解程序轉換為準仲裁程序，亦可從訴訟程序改用調解程序。此類經由程序轉換以平衡追求實體利益及程序利益之作為，既然係取決於當事人之意願，自屬由當事人主導遂行。在此意義上，其制度運作雖亦有助於減輕法官負擔，畢竟並非以此為主要目的，所以縱使借用合理分配司法資源或謀求訴經濟等概念予以解說，亦宜認明其所涵蓋者係以當事人所享程序利益之保護為主要內容。因此，上開新制之運用應以程序利益保護原則為依循，指向於保護當事人之程序利益，而不應成為受訴法官推卸辦案職責之藉口。事實上，民事事件之類型有多種多樣，各該事件所涉程序利益（如：因今後之友好·和諧來往關係得能維持時所可獲得之利益、因不必由不諳法律外專業知識之職業法官就系爭事實存否為嚴謹認定時所能蒙受之利益，此類利益係可能包含精神性或行動自由性者在內）或系爭實體利益之大小輕重不一，所需求滿足之該類利益狀態所繫相關程序法上基本要求（如：程序權保障之要求），亦往往因案情之不同而互有差異。為因應此項現實、滿足紛爭當事人即人民之需求，新法擴充上開訴訟外紛爭解決方式，增多當事人選擇程序以平衡追求程序利益之機會，從貫徹程

37 參照司法院編·司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(卅)（一九九五年）一五頁以下、一八頁以下、一一五頁以下、一二〇頁及一二六頁。

序選擇權之法理而言，應值肯定。

抑且，此項肯定亦可用以支持新法增訂第三七七條之一規定為：「①當事人和解之意思已甚接近者，兩造得聲請法院、受命法官或受託法官於當事人表明之範圍內，定和解方案。②前項聲請，應以書狀表明法院得定和解方案之範圍及願遵守所定之和解方案。③法院、受命法官或受託法官依第一項定和解方案時，應斟酌一切情形，依衡平法理為之；……」等內容。此項立法走向亦明確認同程序利益保護原則，擴充選用準仲裁之管道，因為，其立法理由表示：「兩造當事人於試行和解時，雖互相讓步，但無法達成合意時，依現行法規定，因尚未成立和解，法院仍須進行本案審理程序。惟於兩造當事人和解之意思已甚接近時，如能容許其選擇不以判決之方式，而委由法院基於公正、客觀之立場，依衡平法理定和解方案，不僅使當事人之紛爭能獲得圓滿解決，且可減少法院及當事人為進行本案訴訟審理程序所須耗費之勞力、時間、費用，俾當事人平衡追求其實體與程序利益。…」。³⁸

38 參照前揭「修正彙編(四)」(見註 24)九八〇頁以下。又，關於當事人表明求法官定和解方案之範圍究與訴訟標的有何關係，在條文之起草研討過程被強調：「……為貫徹本條增設之目的係為擴大當事人選擇程序之機會，宜規定為：只要當事人願意，則可在兩造所表明之範圍內，將大於原來訴訟標的範圍之紛爭也一併予以解決。例如：原告起訴請求某日發生之某筆價金債務，但因原被告間有數筆價金債務，本案審理查知無法區辨這次起訴的是哪筆價金，因此兩造當事人表明於某年某月某日至某年某月某日之全部債務，委由法院決定金額，此時兩造紛爭之範圍擴大，不限定於原告起訴之訴訟標的範圍，可徹底解決紛爭。」(參照前揭書八九七頁)。此係延續自有關證據保全程序上協議(第三七六條之一第一項)被容許之對象範圍應如何界定之概念解說，關於此，在其條文起草研議中曾被指明：某事、物狀態所該當的實體法的法律關係，有時不一定能判斷於證據保全階段，如能認

準此而論，依循程序利益保護原則應用上開新制之方向及結果，亦可能有多樣性，係宜針對事件類型或案情之不同為論斷之問題，以下試舉例說明之：

①宜容許兩造僅就某事實或證據，成立合意將其委由調解委員（具有該事證之判斷所需法律外專業知識者）整理、協議簡化爭點³⁹，或就某爭點事實（如：有無過失事實、某飼料是否含有導致魚群死亡之成分）為仲裁鑑定，然後以其所得結果為基礎，由受訴法官或調解法官續行原來之本案判決程序或調解程序。此項結果（由調解委員行爭點整理之結果、促成之爭點簡化協議或所下仲裁鑑定判斷）雖非就本案事件之全部所形成，所以尚無從逕認為其屬解決事件之方案或調解條款全部而發生與訴訟上和解、判決相同之效力，但可發生相當於本案訴訟中受命法官行準備程序所形成爭點整理結果（含：簡化爭點之協議）之效力⁴⁰，或如同依證據保全程序上所成立仲裁鑑定協議所下判斷結果之效

為可提示比特定實體法律關係更大的，就等於一整個紛爭。例如新訴訟標的理論所謂的紛爭，當事人雖講不出什麼請求權，但約定就某日發生的車禍，在獲得賠償後，兩造都不再訴訟，此時具體的法律關係就被省略掉了，而就整個紛爭標的全部成立解決事件的協議云云（參照前揭書七〇一頁）。

- 39 選任具有各該紛爭事件之處理所需法律外專業知識者為調解委員（第四〇六條之一第三項），可發揮掌握真正爭點之功能，此乃新法所指向達成之目標。關於此，請參照前揭「調解程序」（見註 23）一九〇至一九一頁。
- 40 在本案訴訟中受命法官所行準備程序上為釐清爭點，以促成審理集中化而追求程序利益，宜進行受命法官面前之爭點簡化協議或當事人自律性協議，而承認其發生一定之效力。請參照邱聯恭「爭點簡化協議程序之運用方針」（下稱「運用方針」）（前揭·爭點整理方法論）九〇至九二頁、九六至九七頁。

力⁴¹。因為，此等程序踐行之結果，就其踐行均基於當事人之程序處分意願，並均以成全當事人追求程序利益為目的而言，在各該制度之目的、機能及使用要件上實具有共通性、相類似性，應類推適用相關規定（第二六八條之一第二項、第二七〇條之一、第三二六條第二項及第三七六條之一）承認其效力⁴²，始較能彰顯新法之整體性設計係指向於平衡保護程序利益之精神。

②為更加一層促使程序轉換發揮其助長平衡追求程序利益與實體利益之機能，當事人尚可借重上開調解委員就事實上或證據上爭點踐行程序之結果，作為進行自律性解決事件之基礎。亦即，調解法官或受訴法官可勸使兩造參考該項爭點整理之結果或仲裁鑑定判斷，並以之作為考量如何平衡追求程序利益之基礎，就本案事件全部進行後續協議，而形成兩造均可接納之解決方案，或各試擬終局性解決方案（提案）分別提出，以便作為續行調解（第四二〇條之一）、酌定調解條款（第四一五條之一第一項及第三項）或續行本案訴訟（判決）程序（第四二二條）之參考。⁴³如此作為，對於活用上開程序踐行結果，擴大當事人追求

41 關於證據保全程序上協議與爭點整理、簡化之關係，請參照前揭「運用方針」九三頁。

42 併請參照上述註 35 之說明。

43 為借重調解委員運作之程序，使其在一定範圍內，亦發揮爭點整理或仲裁鑑定等機能，而達成保護程序利益之目的，今後尚須面對之課題是：從立法論上，重新檢討第四二二條規定（不得將調解程序中所為勸導、陳述或讓步，作為本案訴訟之裁判基礎等內容之規定）之妥當範圍為何？於新法增訂第四一五條之一第一項、第二項及第四二〇條之一等規定對兩造賦予程序選擇權之今日，在解釋論上，是否不應復認為第四二二條規定含有不許兩造合意予以排除或限制適用之意旨？

究其實，於此應探討的問題是，為達成助長當事人追求程序利益之目的，應否重新界定或宜如何調整本案訴訟程序與調解程序之關係？

程序利益之可能範圍，並賦予程序保障，係屬必要而有益，且可

一般而言，調解程序係著重於促使當事人真能本於其行使程序處分權及實體處分權之意思，自主決定如何處理、解決紛爭。為此，除應於調解程序上儘可能使當事人能獲得充分資訊，以便作成該項決定以外，並有必要設法擔保當事人在該程序上所為陳述或讓步，不致在調解不成立後之訴訟程序，被援用為作成對其不利判斷之基礎，此亦為向來所謂非連續說所持論據〔關於其介紹，請參照邱瓊如「家事事件審理程序之新建構」（台灣本土法學第三八期，二〇〇二年）一八頁〕。從此角度觀之，第四二二條之規定尚具規範意義，而可發揮一定之作用。

可是，從另一方面言之，在調解程序與訴訟程序均由同一法官運作之情形（參照第四一九條第一項及第四項所定調解不成立時應命就本案訴訟為辯論之情形），該法官常較能了解兩造之事實主張及案情，而某程度釐清、掌握爭點，所以如能以之為基礎或集中於此進行後續之訴訟程序，對於避免當事人重複付出勞費（因前後程序之運作者不同而需重複陳述、說明所致負擔增加）及節省司法資源，均有助益（此亦有關於向來日本所謂連續說就家事調解及審判程序之關係所提論據，關於其說之介紹，請參照前揭文），而可迎合依循程序利益保護原則所為目的追求。因此，為賦予當事人有追求此項程序利益之機會，應認為在新法容許當事人經由爭點簡化協議程序〔參照前揭「運用方針」

（見註 40）七七頁以下之說明）行使程序處分權之前提下，於其有所行使之範圍內，無須受拘於第四二二條之規定，因為此規定所保護之利益，並非不許當事人予以處分。可認為屬於此範圍之情形有如：在調解程序上兩造就本案訴訟所涉事項成立爭點簡化協議時、兩造已形成爭點整理之結果時（兩造就何事項為爭點已形成共識時）、兩造有將調解程序上所呈資料作為訴訟程序上裁判基礎之表意或協議時（有意排除或限制適用第四二二條之規定時）。抑且，為善盡保護程序利益之職責，運作調解程序之法官，宜活用程序指揮，儘可能促使當事人達成上開協議。此時，對本案判決程序而言，調解程序乃兼具準備程序之性質，而發揮爭點整理、爭點簡化以促成審理集中化之機能。在能借重此項機能發揮之情形，將更可認為新法雖擴大適用調解前置主義之紛爭事件範圍（第四〇三條），但並不因此對於被擴大適用之紛爭當事人，過度造成程序上不利益（於先經調解卻不成立時，其可能導致當事人獲得本案判決之時期被延後之不利益）。

使法官（各該調解程序或訴訟程序之運作者）就涉及上開結果之事項，無須再重複花費過多勞力、時間掌握案情，是亦有助於節省司法資源，彰顯新法改採爭點集中審理主義之精神（宜進行計劃性審理，而將本案審理程序劃分為爭點整理階段與證據調查階段等意旨）。⁴⁴

③相較於仲裁法明定仲裁庭於當事人明示合意時，始得適用衡平原則為判斷（仲裁法第三一條）之情形，未如此明定之上開準仲裁（由調解委員或法官為調解條款之酌定），係亦得依衡平法理為酌定，而非必全然依實定實體法就其所設要件事實之存否為一一嚴密之認定、判斷。從此而言，新法就酌定調解條款之情形，由於其未必須先要求當事人針對實體法所定要件事實為主張、舉證之故，可謂為當事人預留有較多追求程序利益之空間，而較諸依仲裁法求為判斷或循訴訟程序求為判決之場合，更有助於當事人主導、掌控紛爭解決之方向（如：更可依各該事件之特性所需，選任會計、建築、醫事或科技等方面專家為調解委員，而非必多支勞費以選任法律專家參與；可視自己之經濟能力，彈性避免為證明要件事實致生額外之勞費）。在此酌定程序，為確保或提昇當事人對「法」之預測可能程度、保障其程序權，除非兩造另有其他合意，為酌定之法官或調解委員應儘可能將其所持有關法評價之見解（如：認為交易社會上有某習慣法存在之見解），適時、適式讓當事人有預測並表示意見之機會。不過，依程序選擇權之法理，當事人亦得合意要求適用實定法，並選任此方面法律專家為調解委員，使其參與酌定調解條款。此時，仍應

44 關於新法所要求之計劃性審理，請參照前揭「爭點整理方法論序」（見註10）六五頁。

比照上開說明適度保障程序權。

④在本案訴訟程序，如其需借重法律外專業知識始較能妥為整理爭點或認定爭點事實時，兩造得合意移付調解同時合意選任該方面專家為調解委員，並委由其酌定調解條款。此即兩造併就移付調解與委請酌定調解條款等二程序，一舉為程序選擇之合意，以加速達成追求程序利益之目的，亦符其保護原則，應屬可許。抑且，為貫徹此原則，就涉及該類爭點之事件（如：因建築或醫療事故所引發之調解事件或訴訟事件），其受理法官（如：受理訴訟事件或依第四〇三條規定處理調解事件之法官）亦宜運用程序指揮權，將上開程序利益曉諭當事人，勸導其為如上之自主性程序選擇。

二、指引運用自由心證及法評價之程序利益保護原則

(一)酌定損害賠償額之指針

新法要求受訴法院就損害賠償請求之訴，於當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有困難時，應審酌一切情況，依所得心證定其應為賠償之數額（第二二二條第二項）。此項規定，係要求法院於審理損害賠償請求事件時，應以平衡保護程序利益（避免或節省因就舉證上有困難之損害額為證據調查、證明致生勞費付出，亦即伴隨於該項困難舉證之勞費被避免付出時所得利益）與系爭實體利益為指針，亦屬認知程序利益保護原則而予以落實之明文，不應被誤認為其係本於僅以減輕法官負擔為務之訴訟經濟原則，自不得作為使法官怠於調查證據獲得正當化根據之藉口。因為：①增設此項規定之立法理由固已表明，就「損害賠償之訴，原告已證明受有損害，而有客觀上不能證明其數額

或證明顯有困難之情事時，如仍強令原告舉證證明損害數額，非惟過苛，亦不符訴訟經濟之原則，……」等旨，其意係以避免對原告要求過苛，而便利其訴求為目的，所以其中所謂訴訟經濟自係指涵蓋當事人之程序利益者而言，並非以減輕法官負擔為務者。

②此項要求法院保護當事人程序利益之意旨，如從有關增設該項規定之提案、起草及研議過程觀之，益屬瞭然。亦即，在此過程，係亦以程序利益保護論為研議之理論基礎，其方針為：「鑑於損害賠償事件，原告就損害額往往遭遇舉證困難，為謀訴訟經濟，促進訴訟並平衡追求節省勞力、時間、費用等程序上利益，應授權受訴院得在當事人所主張之事實範圍內，依衡平之法理，從多項可能評價之損害額中，適當選擇其一為裁判。此項制度並非轉換當人之舉證責任，而係擴大法院有關證據調查之裁量權，減輕當事人及法院之負擔，在當事人就損害存在及損害額有爭執之前提下，衡平形成權利。因此，應依上旨制定條文，並斟酌以下各點：1、不宜將不能證明損害一事列為要件，至多只能將證明顯有困難列為要件。2、在當事人不爭執之範圍內，法院應受其拘束，法院不得酌定損害額。3、……法院之裁量權不應包含責任發生原因（違法行為之存在與否及故意過失之有無）。4、法院之裁量行為不僅是判斷過去事實存在與否之行為，同時亦具有形成、創設權利之性質（確認性兼形成性）。5、增設此規定，可能同時具有緩和適用本法（筆者按：於今而言，係指舊法）第二百二十二第二項規定（應記明得心證之理由）之意味。由此，如何確保當事人在法院為裁量之程序過程中，能有充分之辯論或陳述意見之機會，似亦應同時加以顧慮。」等旨。此項研議方針係同於如上「一、(一)2」所述研議第二四四條第四項規定時所本之法

理基礎。⁴⁵

③由於我國新法係立足於上述意義之訴訟經濟及程序利益保護論之觀點，且與第二二二條第二項配套併設第二四四條第四項之規定，所以雖然新法所增訂第二二二條第二項在外觀形式上類近於德國民事訴訟法第二八七條第一項及奧國民事訴訟法第二七三條等規定，卻未仿德國同條第二項為規定（此項規定為：在財產上紛爭，當事人間就債權額有爭執，如要完全查明其準以判斷之一切情況，相較於系爭部分之債權價值，將伴生不均衡、不相當之困難時，準用同條第一項之規定，由法院酌定之等旨），仍應理解為應從平衡兼顧程序利益與系爭實體利益之觀點，解釋、運用我國第二二二條第二項之規定；並可能從同一觀點，將同條項之規定類推適用於其他相類似之情形（例如：命為鑑定所需勞費付出即所伴生程序上不利益，將與系爭實體利益失衡時，得類推適用該項規定為處理；亦可改為依第三六七條之一之規定訊問當事人本人或改採其他更能節省勞費之證明方法），此乃由於依循程序利益保護論及程序利益保護原則所應然之解釋論，不應因新法未同時仿上述德國法第二八七條第二項增設規定而受不必或不得適用該原則之囿限，是與日本新法之運用論有異。按：日本新法第二四八條雖亦增訂近似於我國新法第二二二條第二項之規定，惟因其未仿採上開德國法第二八七條第二項規定之故，遂被批評為其立法欠缺訴訟經濟之觀點⁴⁶。可是，此項評論尚難適用於我國新法之情況，因我國新設上開規定，乃係以開展於我國之程序利益保護論為法理基礎，而認知程序利益保護原則，自與

45 參照前揭「修正彙編(十)」(見註 18)二〇二頁、二一五頁以下，以及上述註 18 之說明。

46 為此項批評者有：坂本惠三·前揭(見註 21)二三〇頁。